

OSSERVAZIONI IMPORTANTI

A SOSTEGNO DEL RICORSO

DELLE SIGNORE VITALE.

§. 1.



L'aver ripreso lo appello pendente ed interposto
da Matteo Vitale non osta alle ricorrenti.

1. **S**e le signore Vitale ristorarono il gravame del padre loro, nol fecero che con la qualità di eredi - E se così praticarono, e poi migrarono da quel giudizio per prepararsi all'altro, che ora si agita, non perciò divennero obbligate talmente ad osservare il fatto del defunto, sino a perdere un diritto proprio, separato, indipendente, nè mai compromesso.

2. Gli eredi divengono passibili dei doveri del defunto, allorchè questi procedono da un fatto di costui volontario e personale. In vero; il vincolo di legge che li stringe, non nasce che dal quasi-contratto dell'adizione di eredità, che unicamente produce in loro l'obbligazione personale, senza maggiore latitudine.

3. Non così per contrario va la bisogna, allorchè l'operato dal defunto, non è un fatto proprio ed inerente al suo individuo, ma in vece si origina da un'azione legittima, che credeva di pertenergli, e che altronde la legge ad altre persone attribuiva, quali si erano i figli suoi.

4. In fatti, il caso contemplato dalla *L. cum a ma-*

tre (1) è di un contratto perfetto di vendita di un fondo proprio del figliuolo, alienato dalla genitrice, e che costui è tenuto ad osservare *per quanto fu erede* di lei - In altri termini: si tratta di un fatto proprio, personale, volontario, perfetto del defunto che ricade sull'erede, mediante il quasi-contratto dell'adizione della eredità; non mai di un operato su di cosa imperata *ipso iure* dalla legge in grazia speciale de' figli. In questo caso il pregiudizio non esiste, poichè lo stesso fatto del defunto, (rilevando da causa indipendente dal proprio volere) non riversa sul capo dello erede la prestazione del medesimo, mentre costui vien difeso dalla legge, dalla quale unicamente derivava l'esercizio di quell'azione, che il defunto credette sua, e che spettavasi ad altri. La differenza è marcata, sensibile, evidente.

5. Contrassegna maggiormente questa verità il rammentarsi che il beneficio dello inventario è introdotto per evitare la confusione della persona e dei diritti del defunto con la persona e co'diritti propri dello erede, in quanto l'adizione della eredità poteva renderli comuni; ma non mai per distinguere e separare quei diritti e quelle azioni che per legge espressa sono tra loro inconfondibili.

6. L'azione per revocare i doni essendo concessa ai figli per propria persona, *ipso iure*, era ben per essenza e per indole disgiunta dalla persona del defunto, e perciò incapace di esser perduta per un fatto erroneo di costui, che si volesse offensivo al diritto dell'erede. E ciò perchè questo fatto (non competendo al suo autore quel diritto) non lo à ritrovato l'erede nella di lui eredità, ma lo à ricevuto dalla man della legge direttamente, ond'è che non può pregiudicarlo in modo veruno.

(1) XIV. cod. de rei vindicatione.

7. Vi sono luoghi del digesto, che depongono in casi men forti della verità di questo pronunziato.

La famosa legge *irritum* (1) riferma la massima ad occasione del semplice fedecommissio (che concede al contemplato) comunque costui fosse erede del gravato *pro tempore*. E la decisione adottata da questo rescritto imperatorio avvalorata quanto già per lo innanzi aveva insegnato PAPINIANO (2) e la quale è stata ed è la giureprudenza delle nostre Corti e della Corte Suprema, cioè a dire che nell'assenza dello inventario, il maggiorato ed il fedecommissio *sunt in haereditate, sed non sunt de haereditate*, e perciò son distinti e si trasmettono per la natura della loro fondazione, senza aver d'uopo dello inventario, che per tutt'altro obbietto produrrebbe simile beneficio. *Fideicommissum*, dicono gl'imperatori SEVERO ED ANTONINO, *debitum AERIS ALIENI LOCO DEDUCI OPORTET* (3).

8. Il fedecommissio adunque è un debito della eredità del defunto che si discerno e cammina disgiuntamente da essa, la scema e la riduce, e si preleva sì come ogni altro debito ed ogni altra cosa che ad altri si appartenga.

9. E l'assunto è così vero, che il celebre CARLO RUBEO DE BUAETO nel suo eccellente trattato *de confusione et distinctione iurium defuncti et haeredis* ottimamente dimostra, che l'adizione della eredità opera la confusione del patrimonio dello autore defunto con quello dello erede vivente, meno però rispetto al fedecommissio o al maggiorato; distinti entrambi per prerogativa ingenua dall'uno e dall'altro, e che tanto il defunto quanto l'erede come un

(1) L. 8 cod. ad Legem Falcidiam

(2) L. 67 § 4. ff. de legatis 2.

(3) Dicta lege, irritum.

deposito debbono conservarli e trasmetterli agli ulteriori chiamati (1).

10. La dottrina riferita è così certa, che anche nel caso in cui l'erede sia tenuto al fatto del defunto, e perda il bene fedecommissato, nondimeno esercita il diritto di ripetizione del prezzo della cosa venduta sulla eredità del defunto medesimo (2) - Nè il sostituito perde il diritto ad avere la indennità per l'alienazione fatta dal gravato, quando anche egli vi abbia prestato il suo consenso (3). Di più il consenso prestato dal sostituito all'alienazione fatta dal gravato, opera che gli sia dovuto soltanto il prezzo ritratto, senza altro aumento pel maggior valore della cosa al tempo che avrebbe dovuto aver luogo la restituzione (4). Infine è così efficace la ragione del sostituito ad aversi la indennità dovutagli dalla eredità del gravato, che gli si concede anche il diritto di ritenzione dei beni, certa che ne sia la liquidazione e la quantità (5).

11. Nè sfugga un'avvertenza importante, cioè a dire, che nella ipotesi di fedecommissato, l'erede invitato patisce la prestazione del fatto del defunto, perchè la legge lo riconosce efficace sul corpo del fedecommissato che è distratto: circostanza, che non può, nè à potuto mai avverarsi pel caso nostro, poichè il diritto e l'azione a rinvocare i doni, tanto non competono al padre, che se egli vi rinunzii con un patto formale, il patto è NULLO ra-

(1) *Cap. 24 § 3.*

(2) *CARDINAL DE LUCA, lib. 9 pars. 3 de legit. et detract. legit. discurs. 31 n. 11, 12, 13, et 14.*

PEREGRINUS. De fideicommissis art. 3 num. 6 et 10.

(3) *DE LUCA. De fideicommissis, discurs. 176 unum. 4.*

(4) *DE LUCA. De legit. et detract. legit. discurs. 30 numer. 8, 9, et 10.*

(5) *DE LUCA. De fideicommissis, discurs. 73 num. 11.*

dicalmente per testuale disposizione delle due legislazioni, antica e vigente, sì come nella memoria precedentemente data alle stampe, abbiamo dimostrato.

12. Ma noi nella causa attuale non versiamo su di un fatto isolato del defunto, ma in una pronunziazione del magistrato caduta sul medesimo, e che essendo rimasta ferma, in quella e non in altro argomento devesi ritrovare il pregiudizio. Ora in questa disamina si vedrà che la sentenza del 1813 non discusse la causa, nè decise della domanda della caducità dei doni avanzata da Matteo Vitale, ma la dichiarò soltanto inammissibile ed a lui incompetente.

Laonde se si applaudisse al deciso della G. C. civile, quest'azione sacrosanta; concessa dalla legge, operante *ipso jure* la revocazione, non si deciderebbe mai: non quando la propose il padre donante, perchè non gli competeva; non di presente che la promuovono le figlie, perchè offesa dalla dichiarata inammissibilità a rimpetto del padre. In somma a furia di petizion di principi e di studiati paralogismi, non si troverebbe mai, nè la persona, nè il tempo, nè il modo come e quando questa azione prediletta dalla legge fra tutte le altre, si potesse proporre, discutere, risolvere e giudicare nel merito.

§. 2.

Secondo aspetto della quistione - Anche nella ipotesi che il giudicato del 1813 avesse potuto offendere le ricorrenti, a queste rimarrebbe ogaor salvo l'esperimento dell'azione proposta.

1. Certamente che coloro che porteranno un giudizio più rigoroso del nostro, non potranno dispensarsi dal credere che almeno l'azione per la revocazione dei doni per la

sopravveguenza dei figli, competa promiscuamente a costoro ed al padre. Imperciocchè dar l'ostracismo ai primi da questo beneficio, sarebbe cosa severissima non solo, ma illogica ed illegale. Se fosse vero il supposto, ed il padre non agisse mai per la caducità, ne conseguirebbe, che quei figli, la dicui nascita *ipso iure* rivoca le donazioni, rimarrebbero interdetti dal proporre la domanda e spogliati irremissibilmente delle sostanze paterne - Certamente che questo teorema non cape nello intelletto di uomo ragionevole o mezzanamente istituito in buona giureprudenza.

2. Nella figurata ipotesi della promiscuità del diritto (che è la più propizia pel nostro contraddittore), le figlie per due cause e per due origini sarebbero abilitate a chiedere la caducità de' doni: o come eredi del padre, o come figli e per propria persona. Esse dunque avrebbero due azioni intese a conseguire lo stesso scopo.

3. Or noi dimostreremo evidentemente, che rifiutatane una, l'altra rimane intera ed inviolata, come incontra nel caso nostro, nel quale le ricorrenti state offese dalla sentenza del 1813 *come eredi* del padre (cioè per l'azione a lui spettante) con ottima ragione si avvisano di ottenere lo stesso fine con l'azione, che loro si spetta come figli e per propria persona. La ragione giustificante la conclusione si è che il concorso delle due azioni è cumulativo e non alternativo tra il donante ed i figli suoi.

4. ULPIANO dice positivamente (1) *NUNQUAM ACTIONES, PRAESERTIM POENALES DE EADEM RE CONCURRENTES ALIA ALIAM CONSUMIT*. Su della qual legge GIACOMO GOTOFREDO (2) così ne ammaestra: *altera iam quaestio est, utrum quis SUCCESSIVE saltem alio atque alio iudicio pluribus*

(1) *L. 130 ff. de regulis iuris.*

(2) *Tractat. de regulis iuris, in dictam legem.*

actionibus experiri possit, adversus eundem de ea re factoque? Et hac regula vero definitur generaliter QUOD SIC; QUAM IN REM SUNT QUAMPLURIMAE ALIAE LEGES. Cita il grande uomo una moltitudine di responsi concordanti alla massima generale annunziata da ULPIANO.

5. Nè solo questo giureconsulto detta quel principio, ma PAOLO in altro luogo insegna lo stesso in questi termini: *Quoties lex obligationem introducit, NISI NOMINATIM CAVERIT UT EA SOLA ACTIONE UTAMUR, ETIAM VETERES EO NOMINE ACTIONES COMPETERE (1).*

Vi è dunque in questi due luoghi del digesto una regola di generale applicazione, che conserva entrambe le azioni che possa vantare alcuno per raggiungere lo stesso scopo dei suoi desideri.

6. Altronde non è evidentemente contrario alle regole della sana logica il conchiudere, che quegli, (cui la legge concede due azioni *de eadem re*) rinunzi all'altra, quando ne scelga una? Se la legge mi concede due azioni diverse per ottenere una cosa che mi è dovuta, significa di avermi dato più mezzi per farla mia - Uno di questi mezzi non mi è riuscito, sia perchè i giudici han reso una iniqua sentenza, sia perchè io mi sono mal difeso, sia per qualunque altra causa. Perchè mai non potrei usare del secondo mezzo che la legge mi concede per conseguire ciò che mi si deve? Perchè prima che il giudicato si compia, mi sarebbe vietato di abbandonare la mia prima azione, alla buona riuscita della quale io prevedo degli ostacoli, per istituir la seconda che mi sembra più solida?

7. La quistione di sapere se l'attore il quale aveva più azioni, possa, dopo di essere rimasto succumbente nella prima, introdurne una seconda, o se possa variar dalla

(1) *L. 41 ff. de obligationibus et actionibus.*

prima, innanzi che si profferisca la sentenza, ed abbandonare una prima scelta per appigliarsi ad una seconda (qualora voglia seguirsi unicamente la ragione) non dipende adunque in modo veruno dalla necessità di fare la scelta tra due azioni che non possonsi esercitare simultaneamente.

8. Invero, noi nel discutere questa quistione non faremo altro che recare in mezzo il sunto dell' ampio ragionamento che tessono il MERLIN (1) ed il TOULLIER (2), i quali si prefiggono precisamente la tesi da noi annunziata in due luoghi delle di loro opere pregiatissime.

» *Questa quistione, essi scrivono, è risolta da principi positivi e mediante distinzioni saggiamente stabilite sopra massime confessate dalla umana ragione.*

Chi mai non sente in effetti il vizio di questo ragionamento? La legge mi dava due azioni per facilitarmi a recuperare ciò che mi è dovuto. Io scelsi una di queste azioni, che io non poteva esercitare simultaneamente con l'altra: dunque non posso più essere ricevuto ad istituir l'altra. La mia scelta è una rinunzia formale all'altra azione che ò abbandonata: io ne sono decaduto irrevocabilmente.

Io rispondo che proponendola, io l'ò creduta più propria a farmi rendere giustizia. Io mi sono ingannato; ma la mia stessa azione pruova che io lungi di avere la intenzione di rinunziare a ciò che mi è dovuto, o ai miei diritti, ò manifestato la mia ferma volontà di conservarli. Sarebbe perciò contro ogni ragione; sarebbe assurdo di supporre che io abbia rinunziato ad alcuno dei mezzi di farmi rendere giustizia, e se io non ò rinunziato a questi mezzi, io posso

(1) Dissertazione inserita nelle quistioni di dritto - Voce *Option*.

(2) Diritto francese tomo X. num. 437 e seguenti, sulla cosa giudicata. Edizione di Brusselle.

usarne, a meno che una legge speciale me lo proibisca in certi casi e per motivi particolari.

Se voi pretendete, contro ogni ragione, che la scelta della mia prima azione contiene una rinunzia alle altre mie azioni, io vi risponderò che nessuna rinunzia può legare colui che l'ha fatta, prima che sia accettata.

Se dunque si può, dopo il giudicato, introdurre una nuova domanda, si può a più forte ragione variare prima che il giudicato si pronunzi ed abbandonare la sua prima azione per istituirne un'altra - Implicherebbe contraddizione il dirsi, che non possa farsi prima del giudicato ciò che può farsi dopo.

Diciamo dunque in generale, che la scelta di una prima azione fatta da colui che ne à parecchie per la stessa cosa, non importa la rinunzia alle altre e non impedisce affatto di proporle una seconda, ammeno che non vi si abbia espressamente rinunziato, o che una legge speciale non lo proibisca.

Se la seconda azione è fondata sopra un'altra causa, l'eccezione della cosa giudicata cessa: *AT SI ALIA EX CAUSA . . . NON NOCEBIT EXCEPTIO* (1). Nulla impedisce la seconda azione, poichè essa presenta una nuova azione che non è stata punto giudicata. Per rendere la massima perfettamente esatta, bisogna aggiugnere questa modificazione: *electa una via non datur recursus ad alteram, NISI EX ALIA CAUSA*.

Questa distinzione fra il caso in cui la seconda azione è o non è fondata sopra una causa nuova, mi sembra contenere il germe dello scioglimento di tutte le difficoltà.

9. Nella specie che ne occupa l'argomento di favore corre dal meno al più; giacchè se le signore Vitale avessero avuto comune col padre l'azione della revocazione dei doni, sarebbero state sempre in tempo di far valere la pro-

(1) *L. 11 § 4 ff. de exceptione rei indicatae.*

pria, dopo la perdita di quella nel nome ereditario. E se per le addotte regole, ciò interverrebbe anche dopo la prolazione del giudicato, molto più interverrà, quando senza attender questo, hanno desertato il primo arringo, rivolgendosi al secondo.

10. Da ultimo, alla diversa causa si cumula la diversa persona e la diversa qualità, mentre l'azione in parola si spetta alle figlie e non al padre e perciò vi è pure, oltre alla diversità della causa, la diversità della persona. E che sia così, si rimembri la nullità del patto che il padre stipulasse di rinunziare al diritto della revocazione, nel caso della sopravvenienza dei figli: nullità che lucidissimamente ne persuade che quel diritto, cui non si può abdicare dal padre, a costui non tocca nè appartiene, sì come senza veruna contraddizione abbiamo dimostrato nella memoria già renduta di pubblica ragione.

§. 3.

Le donazioni sono anche a causa di morte, oltre ai vizi del fedecomesso. † Non sono donazioni tra vivi.

1. *Ulpiano giureconsulto rimase scritto: Julianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait. UNAM CUM QUIS NULLO PRAESENTIS PERICULI METU CONTRERRITUS, SED SOLA COGITATIONE MORTALITATIS DONAT. Aliam esse speciem mortis causa donationem ait, cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium esse genus donationum ait, si quis periculo motus, non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum cum mors fuerit secuta (1).*

(1) *L. 2 ff. de mortis causa donationibus. - Instit. tit. de donationibus §. 1.*

2. Cosicchè per ritenersi un dono a causa di morte non è necessario il riscontro della grave infermità o del timore, o del pericolo di vita, ma basta per imprimere al contratto tale caratteristica, che il donante abbia pensato al tempo estremo della sua vita, che rimetta a quest'ora nuovissima la trasmissione dei beni, e che di conseguenza sorga dalle clausole dell'atto che volle preferire sè stesso al donatario, e che intese poi di preferir questo ai suoi eredi, dopo sua morte, *mortis causa donatio est cum quis habere se vult quam cum cui donat, magisque cum cui donat quam haeredem suum* (1).

3. Annotando il GOTOFREDO il responso di ULPIANO, rileva magistralmente la intenzione del giureconsulto nella triplice distinzione che presenta, e riferma il dettato che non il pericolo di morire, ma il solo pensiero della morte adombrato nella mente del donante definisca il dono a causa di morte:

Dic apertius (ne ammaestra il valent' uomo) aut citra metum mortis praesentis, sed ob solam cogitationem mortalitatis donamus, aut in ipso periculo, idque bifariam (2).

Nè ci rimarremo dall'addurre a nostro aiuto il grave insegnamento del VOET, che più distesamente espone la stessa teorica: *ac necesse videtur, scribere il batavo giureconsulto, ut aliqua in donando mortalitatis aut redhibitionis mentio fiat; NON ENIM SOLUM IMMINENS MORTIS PERICULUM HANC INDUCIT MORTIS CAUSA DONATIONEM, UTI NEC PERICULI PRAESENTIS SED IMMINENTIS DEFECTUS FACIT INTER VIROS DONATIONEM; CUM MORTIS CAUSA DONATIO FIT, SI QUIS NULLO PRAESENTIS PERICU-*

(1) L. 1 ff. h. t.

(2) In notis ad L. 2 ff. de mortis causa donationibus n. 25.

LI METU CONTRITUS, SOLA COGITATIONE MORTALITATIS DONET (1).

E GIUSEPPE MAFFEI, onore della scuola napoletana, nelle sue dottissime annotazioni al DOMAT, illustrando la dottrina di questo scrittore famoso, uniforme a quella professata dal GOTOFREDO e dal VOET, testimonia dell'uso e dello stile di giudicare delle nostre curie in tal materia:

Convien inoltre osservare, egli detta, che secondo la nostra usanza coloro i quali sono in pericolo di morte per malattia o per altro, non possono far donazioni tra vivi. Riguardo alle due altre sorte di donazioni a causa di morte, PRESSO NOI È COSA INDIFFERENTE L'ESSERE O NO IN PERICOLO COLUI, CHE FA UNA DONAZIONE A CAUSA DI MORTE; ED IN TUTTE SI RICHIEDE CHE SIENO SCRITTE, E FATTE NELLE DEBITE FORME (2).

4. E passando dalla natura costituente ed essenziale delle donazioni a causa di morte, ai loro requisiti, ai loro effetti e conseguenze notiamo, che desse oltre alle formalità richieste, non avevano sembianza ed efficacia di passaggio immediato della proprietà, ma meglio simulavano atti prettamente testamentari, e tali da non divenir perfetti, se non con la morte del donante.

Coteste donazioni si agguagliavano ai codicilli ad ai legati: *mortis causa donationes ad exemplum LEGATORUM REDACTAE SUNT PER OMNIA (3)*, perciò come i legati non si verificavano e non esistevano perfetti, nisi post obitum del disponente. Del pari le donazioni a causa di morte non si perfezionavano prima della morte del donante.

(1) *Ad Pandectas h. t. n. 1 in medio.*

(2) *Leggi civili di Domat. tom. V. pag. 9.*

(3) *Instit. de donationibus §. 1 et L. ult. cod. de mortis causa donationibus.*

Tra i molti, trasceglieremo la opinione dell' incomparabile ENRICO ZOESIO che non riman luogo ad esitare su di questo argomento.

*Species ea donationis (mortis causa) quae quoad modum et formam contractibus adnumeratur, si utique inter praesentes fiat, coram duobus testibus, cum constet consensu duorum: LEGATIS TAMEN COMPARATUR QUOAD EFFECTUM, praecipue si quinque testibus adhibitis facta fuerit absenti - Quo casu similis intelligitur ultimae voluntati, eiusque effectum sortitur, sive scriptis sive absque scriptura fiat, et patitur Falcidiam, non tantum ex testamento, verum et ab intestato, ex constitutione Severi. UBI PLENUM NON CONSEQUATUR EFFECTUM, NISI DENUM MORTE DONATORIS INSECUTAE, CUM EIUS NATURA SIT, NONNISI MORTE PERFICI (1). Ond' è che saggiamente il MERLIN stimava di comune natura le donazioni a causa di morte e le istituzioni testamentarie, giacchè entrambe si caducavano con la premorienza del contemplato o del donatario, ed andavano nel mentre stesso entrambe soggette alla revocazione, mediante il pentimento del testatore o del donante (2): pentimento che poteva essere di fatto e poteva apparire dalla volontà di ritogliere il beneficio, anzi che di dover costare della solenne dichiarazione: *Non tantum verbis, QUAM FACTO REVOCARI DONATIONEM* dice GIUSEPPE SORGE, (3) fondandosi sopra un luogo evidente del digesto (4).*

5. Il fatto nostro mirabilmente si presta al concetto della legge e dei suoi espositori. 1.º Matteo Vitale non donò nel presente e nelle forme comuni, ma per quando

(1) *In pandectas. De mortis causa donationibus* n. 3 et 4.

(2) *Repert. Voce Donation* §. 2.

(3) *Enucleat. forens. tom. 2 pag. 70 n. 1.*

(4) *L. 3 §. 1 ff. De adempt. et translat. legator.*

sarebbe morto, SEGUITA LA SUA MORTE (1). 2.° Queste espressioni congiunte alle altre che usa nel corso delle donazioni sono formali e rifiutano qualunque interpretazione, ammeno che non si volessero intendere le parole a rovescio del di loro letterale significato. 3.° *Voluit se praeferri donatariis*, perchè evidentemente con quel sermone intese di serbare sino al suo morire la proprietà di quei beni che in quel tempo solo voleva che loro si trasferisse. 4.° Pensò tanto alla morte, che di questa ne fece condizione al dono. 5.° Si ripentì del mal fatto, perchè (padre di più figli) promosse il giudizio della rescissione dei medesimi contro di Vigorita. 6.° Da ultimo questo esperimento divenne anche superfluo, mentre stando sul suo capo assisa la proprietà dei beni, non meno per la qualità delle donazioni, che per la commista istituzione fedecommissaria, la stessa si sciolse da ogni nesso e divenne libera ed incommutabile a suo vantaggio; imperciocchè egli vide pubblicare successivamente, la legge del 15 marzo 1807, il decreto del 22 ottobre 1808, ed il codice civile del 1. gennaio 1809, essendo egli trapassato nel 1816.

Napoli 4 aprile 1844.

FERDINANDO STARACE.

(1) Leggete la faccia 62 della memoria stampata.